5 A ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO: TENDÊNCIAS E PROBLEMAS

I

1. Quando, em 1971, escrevi o artigo intitulado *Verso una teoria funzionalistica del diritto* [*Em direção a uma teoria funcionalista do direito*][1] para demonstrar o quanto prevalecera, até então, na teoria geral do direito, o ponto de vista estrutural em relação ao ponto de vista funcional, e para indicar uma tendência contrária, à época já evidente, do estruturalismo ao funcionalismo, não imaginava a rapidez e a intensidade com que essa tendência se desenvolveria. Em 1970, fora publicado (mas, quando escrevi o artigo, eu o desconhecia) o primeiro volume de "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie", organizado por Werner Maihofer e Helmut Schelsky, dedicado inteira e significativamente a *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, com alguns artigos fundamentais sobre o tema.[2] Em 1973, o Congresso inter-

[1] O artigo, escrito originariamente para um volume em memória do filósofo do direito argentino Ambrosio Gioja, é publicado pela primeira vez neste volume.

[2] Esses artigos são: W. Maihofer, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p.13-36; H. Schelsky, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, p.39-89; E. Fechner, *Funktionen des Rechts in der menschlichen Gesellschaft*, p.92-105; R. Schott, *Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften*, p.109-74; N. Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, p.176-202; Id. *Zur Funktion der subjektiven Rechts*, p.322-30.

nacional de filosofia do direito, sediado em Madri, foi inteiramente voltado para a discussão do tema "A função do direito", sobre o qual foi lida cerca de uma centena de trabalhos e comunicações.[3] Nos últimos anos, apareceram inúmeros artigos sobre o tema, nas mais diversas revistas.[4] Em 1972, foi publicada *Rechtssoziologie*, de Niklas Luhmann, obra em que a natureza específica do direito é buscada mediante a determinação de sua função social.[5]

Parece fora de dúvida que o interesse pelo problema da função do direito seja relacionado à expansão da sociologia do direito, inclusive nas fortalezas do formalismo que sempre foram as faculdades de direito, em quase todos os países do continente europeu. Não por acaso, a "função do direito na sociedade moderna" foi o tema escolhido no citado "Jahrbuch" para o seu primeiro volume. Não acredito que seja necessário insistir na estreitíssima ligação entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, de um lado, e teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, de outro. Basta pensar na expulsão do ponto de vista sociológico da teoria pura do direito de Kelsen, que é a quintessência do formalismo jurídico, e na importância que tiveram as pesquisas antropológicas, como pesquisas globais sobre sociedades menos complexas do que as modernas, para recolocar em destaque o problema da função ou das funções do direito. Com isto não quero, em absoluto, dizer que uma teoria sociológica do direito pode se resumir inteiramente ao estudo da função do direito. Quem carrega nas costas anos suficientes para ter assistido a um embate anterior entre teoria sociológica ou institucional do direito, como se dizia então, e teoria normativa, acolhida pela maioria dos juristas, e está, portanto, imunizado contra a presunção do novo que

[3] Agradeço a gentileza do professor Elías Díaz por ter colocado à minha disposição fotocópias das comunicações relacionadas ao tema deste meu ensaio.

[4] J. Raz, *On the functions of law*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Blackwell, Oxford, 1973, p.278-304; M. Rehbinder, *Le funzioni sociali del diritto*, in "Quaderni di sociologia", XXII, 1973, p.103-23; V. Aubert, *The social function of law* (estudo mimeografado, apresentado no VIII Congresso mundial de sociologia, sediado em Toronto, em agosto de 1974).

[5] N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1972, voll. 2 [*Sociologia do direito*, trad. port. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985].

expulsa o velho, porque sabe que o novo logo se tornará velho e o velho voltará a ser novo, lembra que o motivo da contenda então não era tanto o contraste entre estruturalismo e funcionalismo, mas entre monismo e pluralismo.

Por teoria sociológica do direito entendia-se, naquela época, uma teoria que via no direito uma produção da sociedade em todas as suas formas, e não apenas uma produção do Estado, e que, assim, tinha uma incidência direta sobre o problema das fontes. Teoria sociológica do direito era sinônimo, ao menos na Itália (mas também na França, se pensarmos na teoria da instituição de Renard, na teoria do direito social de Gurvitch, que posteriormente, viria a tornar-se um dos maiores representantes do renascimento da sociologia jurídica), de teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Enquanto o alvo das teorias sociológicas do direito é, hoje, o formalismo, o alvo das teorias sociológicas de ontem era o estadismo. Historicamente, o pluralismo jurídico, do qual Gurvitch foi o mais fervoroso defensor, fôra uma das tantas manifestações da falsa crença, comum tanto aos liberais radicais quanto aos socialistas libertários, de que o desenvolvimento da sociedade industrial teria por efeito uma diminuição das funções do Estado, um tipo de reabsorção do Estado pela sociedade civil. O que aconteceu foi exatamente o contrário. Para quem queira considerar o direito como fenômeno social, o problema do pluralismo perdeu grande parte de seu interesse. Com o enorme aumento das funções do Estado na passagem do Estado liberal para o Estado social, o problema fundamental para uma teoria sociológica do direito, isto é, para uma teoria que considere o direito como um subsistema do sistema social geral, é o de verificar se, paralelamente, não foram aumentadas e mudadas as funções do direito, e, entenda-se, do direito estatal, o que explica o imprevisto surgimento e a rápida difusão da perspectiva funcionalista.

Para além de seu débito para com o desenvolvimento da antropologia e da sociologia do direito, a perspectiva funcionalista do direito deve uma parte da sua atual fortuna ao peso cada vez maior do

marxismo, dos vários marxismos, nas ciências sociais. Não confundo marxismo com funcionalismo;[6] simplesmente chamo a atenção para o fato de que aquilo que Marx e Engels acrescentaram à definição tradicional do direito como ordenamento coativo foi a determinação da sua função, o domínio de classe. Entre as teorias gerais do direito hoje correntes, as que mais insistem na "função social" do direito são as teorias soviéticas e as dos juristas dos países socialistas. Na sua *Théorie de l'état et du droit*, que pode ser considerada uma das maiores *summae* da concepção marxista do direito e do Estado atualmente disponíveis em uma língua mais acessível, Radomir Lukić inicia a exposição da parte geral com um capítulo intitulado "La fonction social de l'état et du droit", em que se lê que o direito, como ordenamento do monopólio da força, encontra o seu caráter específico no fato de que desempenha a função social de proteger expressamente o interesse da classe dominante por meio da manutenção forçada de um certo modo de produção.[7]

A diferença entre a definição do direito de Kelsen e a de Lukić salta aos olhos: também para Kelsen o direito é ordenamento coativo, mas é nada mais que ordenamento coativo. Qual é a "função social" desse ordenamento coativo não lhe interessa, porque, para além do objetivo genérico da paz ou da ordem ou, nas relações internacionais, da segurança coletiva, por meio deste particular instrumento que é o direito, por esta "técnica da organização social", os mais diversos obje-

[6] Nesse mesmo sentido, ver B. LE BARON, *What is law? Beyond scholarsticism*, in *Le raisonnement juridique*, Actes du Congrés mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelas, 1971, publicados como fascículo do período março-junho de 1971, de "Logique et analyse", Nauwelaerts, Lovanio, 1971, p.77-83: "It is evident that, whatever its limitations, the Marxist account of law is not merely formal. It addresses itself very specifically to questions of social function, showing what law does for us and what it does to us" (p.83).

[7] R. LUKIĆ, *Theorie de l'état et du droit*, trad. franc. de M. Gjidara, Dalloz, Paris, 1974: "La fonction de l'Etat et du droit est d'avoir un rôle dans la société, d'agir au sein de la société. Comme l'Etat et le droit peuvent avoir plusieurs actions, seule correspondra à leur fonction, celle qui leur est essentielle et spécifique, ce par quoi ils se distinguent des autres phénomènes sociaux" (p.89). E qual é essa função? "... l'Etat et le droit ont comme fonction le maintien du mode de production qui convient à la classe dirigeante intéressée et dont ils sont les créations" (p.89). É desnecessário recordar que uma das mais conhecidas obras de teoria marxista do direito se intitula *La funzione rivoluzionaria del diritto*.

tivos podem ser perseguidos e conquistados. Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções.[8] Ao contrário, para Lukić , e, em geral, para os juristas marxistas – particularmente para aquela numerosa, quando não compacta, fileira de juristas marxistas que são os juristas soviéticos –, a especificidade do direito está não em ser um ordenamento coativo, mas na função específica que esse ordenamento tem e que só ele pode ter, uma vez que somente o ordenamento da força monopolizada, na qual consiste o instrumento "direito", está em condições de assegurar à classe dominante o seu domínio.

2. Tenho razão em considerar que o escasso interesse pelo problema da função social do direito na teoria geral do direito dominante até os nossos dias seja associado, precisamente, ao destaque que os grandes teóricos do direito, de Jhering a Kelsen, deram ao direito como instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados. É de conhecimento geral que uma das afirmações recorrentes de Kelsen – a ponto de se tornar típica – é que a doutrina pura do direito

> *não considera o objetivo perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas considera, apenas e tão-somente, o ordenamento jurídico; e considera este ordenamento na autonomia da sua estrutura, e não em relação a este seu objetivo.*[9]

Kelsen podia fazer essa afirmação porque considerava ter encontrado o elemento característico do direito na estrutura do

[8] Detive-me com mais vagar nesse tema no artigo citado *Em direção a uma teoria funcionalista do direito*. Permito-me, contudo, remeter o leitor também ao ensaio sobre Kelsen, neste mesmo volume.

[9] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Viena, 1934, p.33. Trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1952, p.72 [*Teoria pura do direito*, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939].

ordenamento jurídico como sistema dinâmico, e não precisava do objetivo para a sua definição. É menos conhecido o fato de que, nos mesmos anos, um outro apaixonado, mas desafortunado, autor da "science juridique pure", Ernest Roguin, afirmava com tenacidade mais ou menos as mesmas coisas.[10] Recuando ainda mais, também Jhering, não obstante o título de sua grande obra, *Lo scopo del diritto*, concentrava toda a atenção não no fim, mas no instrumento, isto é, na coação e na organização desta. Diante da pergunta sobre qual seria a finalidade do direito, dava uma resposta genérica, ou seja, que o direito servia para garantir "as condições de existência da sociedade",[11] as quais eram, afinal, tudo e nada, compreendendo não apenas as condições da existência física, mas "também todos aqueles outros bens e prazeres que... atribuem à vida o seu verdadeiro valor".[12] Que uma resposta tão genérica e, ademais, previsível não pudesse oferecer qualquer ajuda à determinação da nota específica do direito, parece-nos totalmente evidente. Esse foi sempre o comportamento dos teóricos do Estado diante do problema da definição do Estado: eles jamais admitiram os fins que o Estado persegue entre os assim denominados elementos constitutivos do Estado. Para caracterizar essa organização máxima da convivência humana, são suficientes, para eles, algumas características materiais e formais. Basta recordar Max Weber. Depois de ter definido o Estado pelo "meio" que emprega para obter os próprios fins, o uso da força, afirma:

> *Não é possível definir um grupo político – e tampouco um Estado – indicando o objetivo do seu agir de grupo. Não há nenhum objetivo que grupos políticos não tenham alguma vez proposto para si, do esforço para prover o sustento à proteção da arte; e não há nenhum que*

[10] Detive-me em vários aspectos da teoria geral de Roguin, inclusive sobre o antiteleologismo, em um artigo, *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, que será publicado em breve no livro intitulado *Scritti in onore di S. Pugliatti*. [in: *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*. "4. '*Scritti storico-filosofici*'. AA. VV. – Milão: Giuffrè, 1978, p.43-70. Publicado posteriormente também em *Diritto e potere: saggi su Kelsen*". Nápole: Edizioni Scentifiche Italiane, 1992, p.193-213].

[11] R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, organizado por M. Losano, Einaudi, Turim, 1972, p.312 [*A finalidade do direito*, trad. port. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979; *A finalidade do direito*, 2 vols., trad. port. Herder K. Hoffmann. Campinas, Bookseller, 2002].

[12] *Op. cit.*, p.313.

todos tenham perseguido, da garantia da segurança pessoal à determinação do direito.[13]

Esse paralelo entre teoria do direito e teoria do Estado, com a pertinente referência a Max Weber, que não era um jurista puro, mas, antes de tudo, sociólogo e historiador, pode oferecer uma explicação do difuso e persistente antiteleologismo na teoria do direito, comum a juristas e sociólogos. À medida que o Estado moderno assumia o monopólio da produção jurídica, e, por conseqüência, Estado e direito passavam a ser cada vez mais considerados como duas faces da mesma moeda, o fenômeno historicamente relevante para compreender o direito passava a ser a sua transformação em instrumento do poder estatal mediante a formação do Estado-aparato (o poder legal-racional de Max Weber). Este fenômeno induzia a concentrar a atenção nos problemas da complexa organização do instrumento, mais do que nos problemas de ordem axiológica ou sociológica, considerados, uns, perturbadores (e, talvez, também irrelevantes), outros, irrelevantes (e, talvez, também perturbadores). Não devemos esquecer que, da consideração do Estado moderno como grande organização, nasceu a teoria do direito como conjunto ordenado ou organizado de normas, a teoria do direito como ordenamento, que se reencontra, embora sob diversas camadas, mas facilmente reconhecíveis, tanto em Max Weber quanto em Kelsen.[14]

Parece-me que uma das razões do desinteresse dos teóricos do direito pelo problema da função estava exatamente na sua presumida irrelevância. À consideração de que o direito se caracteriza por ser um instrumento específico que deveria servir ao desenvolvimento de muitas funções, acrescentava-se não só a consideração de que as mesmas funções se desenvolviam em diferentes sociedades, como

[13] M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milão, 1961, vol. I, p.53-4 [*Economia e sociedade*, 2 vols., 4. ed., trad. port. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília-São Paulo, UnB-Imprensa Oficial, 2004].

[14] Para um desenvolvimento maior do paralelo entre Weber e Kelsen, remeto o leitor ao ensaio sobre Kelsen, neste mesmo volume, sobretudo, às p.188-96, 202-5.

também na mesma sociedade por outros meios, e que, portanto, enquanto era legítimo falar, em relação ao direito, de funções alternativas, não seria igualmente legítimo falar de instrumentos alternativos. Em suma, a relação entre o instrumento e os seus possíveis usos não era unívoca: o mesmo instrumento podia ser usado para fins diversos, assim como cada um desses fins podia ser obtido recorrendo-se também a instrumentos diferentes do direito (isto é, do recurso ao ordenamento da força monopolizada). Essa irrelevância do problema da função fazia, sim, que se desse por admitido: *a)* que o direito tem uma ou mais funções; *b)* que tem uma função positiva (uma eu-função [*eu-funzione*]); *c)* qual ou quais funções tem; e d) como as exerce. Quem quiser, agora, encontrar um motivo para o atual interesse da teoria jurídica pelo estudo da função ou das funções do direito, penso que deva buscá-lo exatamente no fato de que todas as quatro verdades transmitidas, consolidadas e aceitas como indiscutíveis, ou não dignas de discussão, estão no centro de um debate amplo e de modo algum exaurido.

3. *Sub a*: trata-se somente de indícios. Contudo, é fato que uma das características da sociedade tecnocrática, que se tem considerado como um desenvolvimento fatal, ainda que desaprovado, da sociedade industrial, deveria ser a perda de função do direito, a realização de um processo (permitam-me esta bárbara, mas expedita palavra) de desjuridificação. Essa hipótese, ao menos na teoria, não é sem precedentes: não preciso recordar a polêmica de Saint-Simon, um dos pensadores mais "revisitados" nesses anos, porque a ele se costuma atribuir a primeira teoria da sociedade tecnocrática, contra os jurisconsultos.[15] Não é inútil, no entanto, recordar quantos aspectos de sociedade tecnocrática há em certas imagens da sociedade

[15] Retomo esse ponto a partir do trabalho sobre *Il diritto*, desenvolvido para o Congresso, que teve por sede a cidade de Bolonha, sobre o estado das ciências sociais, publicado no volume *Le scienze umane in Italia, oggi*, Il Mulino, Bolonha, 1971, p.259-77. Agora sob o título *Direito e ciências sociais*, nesta mesma coletânea.

sem direito (e sem Estado), que deveria suceder, segundo o marxismo, à ditadura do proletariado: a administração das coisas substituída pela administração dos homens, segundo a afirmativa de Engels, implica que uma sociedade de homens pode funcionar sem a necessidade de regras jurídicas, mas com o único subsídio das regras técnicas. Estas são, como se sabe, diferentemente das jurídicas, regras sem sanção, porque a sanção, se ainda pode ser assim denominada, isto é, a conseqüência desagradável que induz à observância, deriva da própria inobservância e, portanto, não requer aquele aparato de normas secundárias destinadas ao juiz para a aplicação das normas primárias, no que consiste uma das características consideradas fundamentais pela communis opinio do direito como "instrumento".

Deixemos, contudo, de lado essas hipóteses, que nos fazem vagar e nos perder pelo reino da futurologia. Nas sociedades tecnicamente avançadas, são dignas de nota pelo menos duas tendências capazes de suscitar algumas reflexões úteis sobre a perda de função do direito, e, pretendo dizer, do direito naquela de suas funções que sempre lhe foi atribuída, a ponto de ser amiúde considerada como a única e exclusiva, a função repressiva. Essas duas tendências são: a ampliada potência dos meios de socialização e, em geral, de condicionamento do comportamento coletivo por meio das comunicações de massa, e o previsível aumento dos meios de prevenção social em relação aos meios tradicionais de repressão. A integração social conta, sobretudo, com dois instrumentos de controle (que costumam ser relacionados a duas formas mais ou menos institucionalizadas de poder existentes em qualquer sociedade – o poder ideológico e o político): a socialização, isto é, a procura pela adesão a valores estabelecidos e comuns, e a imposição de comportamentos considerados relevantes para a *unidade social*, com a conseqüente repressão dos comportamentos desviantes, e que são, no final das contas, o consenso e a força em todas as teorias políticas tradicionais.

Podemos levantar a hipótese de que, à medida que aumenta a potência dos meios de condicionamento psicológico, dos meios do

consenso (não importa se manipulado), diminui a necessidade dos meios coercitivos, isto é, do direito. No limite, uma sociedade sem direito não é apenas o reino da liberdade imaginado por Marx, mas é também a sociedade em que todos os seus membros são condicionados pela manipulação ideológica imaginada por Orwell. O direito é necessário onde, como ocorre nas sociedades históricas, os homens são nem todos livres nem todos conformistas, isto é, em uma sociedade na qual os homens têm necessidade de normas e, portanto, não são livres, mas nem sempre conseguem observá-las e, portanto, não são conformistas. Não é necessário sequer seguir por essa hipótese para perceber que socialização e o controle dos comportamentos são dois meios alternativos e que, onde se amplia o primeiro, tende-se a restringir o segundo. Do ponto de vista de uma análise funcional, isto significa que o aumento dos meios de socialização e de condicionamento psicológico – e da sua eficácia – avança em prejuízo da função tradicionalmente exercida pelos meios de coação.

O outro fenômeno que poderia ter influência sobre a extenuação e, no limite, sobre a deterioração do direito é aquele que se expressa na tendência, a qual é também própria das sociedades tecnicamente avançadas, que vai da repressão à prevenção. Tal como a medicina, ao menos como ela foi entendida até agora, o direito não tem a função de prevenir as doenças sociais, mas, sim, de tratá-las (nem sempre de curá-las) quando elas já irromperam. Entre as funções que são mais freqüentemente atribuídas ao direito estão a repressão dos comportamentos desviantes (direito penal) e a resolução dos conflitos de interesse (direito civil). Ambas são manifestamente funções terapêuticas. A comparação com a medicina é interessante porque, hoje, seu desenvolvimento está todo voltado para impedir que as doenças se instalem, e não para tratá-las quando já se instalaram. No limite (entenda-se que se trata de um limite ideal, que serve apenas para indicar tendência), uma sociedade em que a ciência médica tenha desenvolvido todas as suas potencialidades na remoção das causas das doenças é uma sociedade sem hospitais, assim como uma sociedade em que as ciên-

cias sociais, da psicologia à pedagogia, tenham conseguido remover as causas dos conflitos seria uma sociedade sem prisões. Ao longo dessa tendência, sem necessidade de levá-la ao limite extremo, o direito perderia a função que sempre lhe foi atribuída como caracterizadora: a função repressiva. Que fique claro: uma vez que os organismos sociais que deveriam desenvolver a função substitutiva seriam, também eles, regulados pelo direito, seria mais apropriado, neste caso, falar de perda não do direito *tout court*, mas do direito na sua função repressiva, que não é a única, embora seja equivocadamente considerada exclusiva, mediante a passagem, de resto já em andamento, de um direito composto principalmente por normas de conduta para um direito composto quase exclusivamente por normas de organização.

A importância do surgimento dessas tendências em direção a uma perda de função do direito, ou, pelo menos, da imagem tradicional do direito, está, ademais, no fato de que elas vão de encontro a uma tradição secular que consagrou o direito (ainda em Hegel o direito tem algo de sagrado) como elemento essencial da formação da sociedade civil em contraposição ao estado de natureza, o qual, sendo um estado sem direito, é um estado que não permite a sobrevivência dos homens; é um estado que exaltou o sábio legislador, dos gregos até Rousseau, como o criador da cidade feliz, o demiurgo que cria a ordem a partir do caos, o verdadeiro doador de civilidade; é um estado que acreditou poder colher, nas leis e no espírito que as anima, as características que distinguem as nações umas das outras, e nas diferentes constituições, isto é, no diferente modo pelo qual é regulada a distribuição das magistraturas, de Aristóteles a Hegel, o critério mais visível para distinguir o bom governo do mau, o progresso da decadência, a barbárie da civilização, ou para indicar, em etapas necessárias, o curso progressivo da história.

4. *Sub b*: que o direito tenha uma função implica também que tenha uma função positiva? Sei muito bem que, tocando neste proble-

ma, atravesso o cabo das tempestades do funcionalismo, do qual um dos postulados é, ou parece ser, que, posto que uma instituição tenha uma função, esta só pode ser positiva. Mas uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto, a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha. Enquanto a análise funcional pode ignorar o funcionalismo, uma teoria crítica da sociedade – que entendo ser qualquer teoria que proponha não apenas ver como uma sociedade funciona mas também como não funciona ou como deveria funcionar – não pode ignorar a análise funcional, porque a crítica de um instituto começa exatamente pela crítica à sua função, isto é, pela consideração da sua eventual função "negativa". (Pensemos no quanto a crítica socialista da sociedade burguesa deve à crítica da função social da propriedade individual, ou da família fundada sobre o pátrio poder, etc.). Portanto, não se deve confundir a função negativa com a perda de função, que já mencionei, e tampouco com a disfunção, que se verifica quando um instituto executa mal a sua função positiva. A disfunção pertence à patologia da função, a função negativa, à fisiologia (uma vez que toda análise funcional está ligada a uma concepção organicista da sociedade, as metáforas extraídas do comportamento do corpo humano são inevitáveis). A disfunção diz respeito ao funcionamento de um determinado instituto, a função negativa, à sua funcionalidade. Um instituto com funcionalidade positiva pode funcionar mal sem que, por isso, sua função se torne negativa, assim como um instituto com funcionalidade negativa pode funcionar bem sem que a sua função se torne positiva. Pode-se, ainda, admitir como hipótese que uma disfunção de longa data transforme uma função positiva em negativa, mas isto não impede a distinção entre os dois conceitos e a necessidade de assim os manter. Posso não ter dúvidas

quanto à função positiva do parlamento, e mesmo assim constatar, em uma dada situação histórica, o seu mau funcionamento, que pode consistir em uma alteração, perversão ou corrupção de qualquer uma de suas funções (por exemplo, a função do controle do balanço). As críticas que, na Itália, são cotidianamente dirigidas ao Poder Judiciário não colocam em dúvida a positividade da sua função, limitando-se a colocar em destaque os seus defeitos de funcionamento. Ao contrário, o debate cada vez mais acalorado nesses últimos anos sobre o sistema carcerário como um todo tende não apenas a questionar as suas disfunções, mas também a contestar a sua função, isto é, a mostrar sua função negativa, a qual consistiria no fato de que o resultado que ele obtém é contrário àquele que institucionalmente se propõe (o cárcere como escola do crime). Além de tudo, a função negativa é tanto mais evidente quanto mais o instituto em questão funciona bem, tanto que, já que costumamos desejar que um instituto ao qual atribuímos uma função positiva funcione bem, deveríamos nos alegrar quando um instituto ao qual se atribui uma função negativa funcione mal, porque é lícito esperar que a disfunção atenue a negatividade da função.

Abordando o direito em seu todo, quando se diz que ele tem uma função social e se busca defini-la, quer-se dizer que tem uma função positiva? De um ponto de vista funcionalista, a resposta não pode ser dúbia: para um funcionalista não podem existir funções negativas. O funcionalismo é uma concepção da sociedade para a qual poderia valer uma máxima construída por analogia à célebre máxima hegeliana: o que é funcional é real, e o que é real é funcional. O funcionalista não conhece funções negativas, conhece somente disfunções (e, quando muito, funções latentes, além das manifestas), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa exige a transformação do sistema. Além disso, em uma concepção em que as várias partes de um sistema social são consideradas em função do todo, o direito tem não apenas uma função positiva, mas uma função positiva *primária*, já que é o instrumento de conservação por excelência, é o subsistema do qual

depende, em última instância, a integração do sistema, o limite extremo para além do qual há a inevitável desagregação do sistema. Não causa espanto que, na teoria parsoniana e na de seus comentadores e seguidores, o direito tenha encontrado, sem esforço, o seu justo lugar. Mas a resposta à pergunta sobre a positividade da função do direito pode ser totalmente diferente se nos colocarmos do ponto de vista não da conservação, mas da mudança, ou, até mesmo, da mudança radical ou revolucionária, que é o ponto de vista de qualquer teoria crítica da sociedade. Qual é a relação do direito com a mudança social? Não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais; tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas. Entretanto, como cumprir essa função? O direito é o instrumento adequado para reformar, para transformar a sociedade? Quais são as razões pelas quais o direito foi sempre considerado um meio mais de conservação do que de inovação social? E o grupo dos juristas mais um grupo de conservadores do que de reformadores? Uma resposta a essas perguntas não poderá, por acaso, colocar em destaque que o direito tem, ao lado de uma função positiva, também uma função negativa, o qual, cabe observar, é intrínseca à sua própria natureza e que, seja como for, não pode passar despercebida a uma análise funcional correta? Basta acenar para alguns temas. Não é verdade que o direito chega sempre atrasado e é um obstáculo à mudança. Por vezes, chega antecipadamente, e, então, pode ser um elemento que desfaz um tecido social tradicional, sendo, portanto, um elemento de mudança inesperada. Em ambos os casos, desempenha uma função negativa. O direito atua, geralmente, por normas gerais e abstratas, que se adaptam mal à complexidade das situações concretas e criam desigualdade entre iguais e igualdade entre desiguais: por mais que o juiz tenha a melhor intenção de fazer justiça, tal fim freqüentemente se torna impossível pela própria estrutura das normas jurídicas. O que o direito conse-

gue obter em relação tanto à conservação quanto à mudança é obtido por meio do bom funcionamento do aparato coativo. Todavia, apoiando-se na força, o direito contribui para perpetuar um tipo de sociedade fundado sobre relações de força: é a mais perfeita imagem da violência das instituições ou da violência institucionalizada, isto é, de uma violência cuja justificativa está em apresentar-se como única resposta adequada à violência subversiva (mas a violência subversiva é sempre injusta?).

5. *Sub c*: remeto-me, para ser breve, às anotações de J. F. Glastra van Loon, no capítulo conclusivo de uma conhecida resenha da sociologia do direito contemporânea.[16] Ele fala de uma função distributiva do direito, que deve ser acrescentada àquelas comumente consideradas de regulação e de controle, entendendo por função distributiva a função pela qual aqueles que dispõem do instrumento jurídico conferem aos membros do grupo social, sejam eles indivíduos, ou grupos de interesse, os recursos econômicos e não econômicos de que dispõem. Em outra parte, ele afirma que, além da função de manutenção da ordem e da paz social, o direito tem entre as suas funções

> *a distribuição das possibilidades para a modificação de um ordenamento existente e para o exercício da influência sobre certas decisões governamentais, uma vez que as funções mesmas incluem a distribuição dos bens de consumo, dos impostos, das possibilidades de emprego, da educação, das chances matrimoniais, e assim por diante.*[17]

A observação não é nova. Um dos autores de que deveríamos partir talvez seja James Willard Hurst, recentemente recordado por Vilhelm Aubert,[18] precisamente a propósito da mudança funcional

[16] J. F. Glastra van Loon, *Conclusions*, in *Norms and Actions. National Reports on Sociology of Law*, edited by R. Treves and J. F. Glastra van Loon, Nijhoff, L'Aia, 1968, p.289-92. Do mesmo autor, ver *Towards a sociology interpretation of law*, em colaboração com E. Vercruijsse, "Sociologia Neerlandica", III, 2, 1966, p.18-31, que cito a partir do resumo feito por R. Treves, *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milão, 1968, p.150-3.

[17] Extraio essa citação de R. Treves, *op. cit.*, p.152.

[18] V. Aubert, *The social function of law*, cit., p.11.

do direito. Hurst dedicou várias páginas das suas obras ao problema das funções desempenhadas pelo direito nos Estados Unidos e reconheceu como uma das principais funções desempenhadas pelo direito a de *leverage and support*, isto é – como traduz o jovem estudioso italiano que me trouxe ao conhecimento o historiador do direito norte-americano –, "*impulso e sostegno*" ["estímulo e apoio"].[19] Em outra obra, Hurst considera quatro funções do direito: a quarta é descrita como "its" – do direito – "regular use to allocate resources to affect conditions of life in society",[20] e, em outra parte, sempre em quarta posição: "We used law as a principal means to affect allocations of manpower and material means among competing objects of use".[21] É sobretudo para esse tema da *allocation* dos recursos como função do direito que Aubert chamou a atenção, citando, aliás, uma frase de Hurst, na qual este afirmara que o efeito mais vasto do direito sobre a indústria do leite fora "promotional rather than restrictive",[22] vendo nela uma oportunidade para criticar o modelo limitado, e, além disso, correspondente à *communis opinio*, do direito como instrumento de coerção, inspirado no direito penal. Depois de ter observado que um grande número de leis serve principalmente à constituição de instituições públicas destinadas a distribuir bens, dinheiro e serviços, Aubert comenta: "Seria incorreto tentar interpretar a função social de tais leis dentro do esquema do modelo do direito coercitivo penal". Enfim, fala de uma dupla natureza do direito, como *compulsion* e

[19] F. Lombardi, *La logica dell'esperienza di J. Willard Hurst. Storiografia e jurisprudence*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, reunidos por G. Tarello, vol. II, Il Mulino, Bolonha, 1972, p.521-86; de modo particular, sobre as funções do direito, p.528-9. As obras de Hurst das quais foram retiradas as observações acerca das funções do direito são: *Law and social process in United States history*, The University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1960, p.5; *Justice Holmes on legal history*, The Macmillan Company, New York, 1954, p.5-6; *Law and the condition of freedom in the nineteenth-century United States* (1956), mas citada pela edição da The University of Wisconsin Press, Madison, 1967; e *Law and economic growth. The legal history of the Lumber Industry in Wisconsin 1836-1915*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1964, p.IX.

[20] J. Willard Hurst, *Law and social process*, cit., p.5, citado por Lombardi, *op. cit.*, p.528, nota 10.

[21] *Justice Holmes on legal history*, cit., p.6, citado por Lombardi, *op. cit.*, p.528, nota 10.

[22] A passagem citada por Aubert (*op. cit.*, p. 11) foi extraída da obra de Hurst, *Law and social process in United States*, cit., p.99.

resource.[23] Não estou totalmente seguro de que o termo genérico *resource* seja o termo mais adequado para indicar a importância que assumiu, no Estado social contemporâneo, a função não meramente coercitiva do direito. Contudo, já é por si só importante o reconhecimento de um conjunto de novas funções que modificam uma imagem transmitida durante séculos, e, agora, absolutamente inadequada.

Para falar a verdade, não só essas observações não são novas, como tampouco é nova a coisa. Em qualquer grupo social, a começar pela família, a função do sistema normativo que o rege não é apenas prevenir e reprimir os comportamentos desviantes ou impedir o surgimento de conflitos e facilitar-lhe a composição após seu surgimento, mas também repartir os recursos disponíveis. Há somente de se perguntar por que tradicionalmente essa função não foi tão claramente percebida e por que quem a percebe agora assume ares de quem faz uma descoberta. É surpreendente o peso que exerceu a concepção privatista da economia e a correspondente concepção negativa do Estado na determinação comum do conceito de direito. Com base na concepção privatista da economia, a distribuição dos bens ocorre na esfera das relações entre indivíduos ou grupos em concorrência entre si, e o direito (*sub specie* de direito privado) tem apenas as funções de facilitar o estabelecimento dessas relações, de garantir a sua continuidade e segurança e de impedir a dominação recíproca. Estreitamente ligada à concepção privatista do direito está a concepção negativa do Estado, segundo a qual este não tem ingerência alguma nas relações econômicas, e, portanto, a sua função torna-se exclusivamente prover a manutenção da ordem, por normas imperativas e coativas, isto é, pelo direito. E, uma vez que esta é a função específica do direito penal, segue-se que a parte é trocada pelo todo.

Uma prova, a meu ver decisiva, da difusão e da continuidade dessa concepção restritiva do direito é dada pelo fato de que, por

23 V. Aubert, *op. cit.*, p.12.

longa tradição, qualquer um que se dispôs a estabelecer as características distintivas do direito, relacionou-o à moral (não à economia), demonstrando, de tal modo, considerar tanto o direito quanto a moral como duas espécies do mesmo gênero, isto é, das normas de conduta que têm precipuamente a função de garantir a estabilidade e a segurança das relações interindividuais. Não é difícil explicar como essa concepção restritiva do direito se formou: os jurisconsultos e juízes tradicionalmente se dedicam principalmente à elaboração e à aplicação do direito privado e do direito penal – precisamente aquelas partes do direito que não têm uma função imediatamente distributiva.

Voltemos, por um momento, nossa atenção para o fato de que a maioria das definições do direito que ainda hoje predominam (de Holmes a Ross), e que, aliás, parecem as mais atuais e modernas, estão marcadas pela consideração do papel do juiz na produção do direito, no processo de separação entre normas jurídicas e normas do costume e morais, na determinação, em suma, daquilo que é propriamente o direito. Pois bem, todas essas definições apreendem o fenômeno da formação do direito apenas por sua função protetivo-repressiva, privilegiando-o como conjunto de regras da conduta individual, como resolução de conflitos, como reparação de erros, como repressão dos atos desviantes. O sistema normativo do Estado na sua função distributiva não chega, ou chegou muito mais tarde, ao exame de quem é chamado a dirimir controvérsias entre particulares (ou a fazer o papel de conselheiro para as partes em conflito) ou a reprimir atos socialmente danosos. Também não é difícil explicar a razão pela qual a função distributiva, a *allocation of resources*, aparece hoje com particular insistência nas teorias sociológicas do direito, isto é, nas teorias que observam o direito de um ponto de vista mais geral e mais complexo, diferente daquele tradicional do jurista (aliado do jurisconsulto e do juiz): na passagem do Estado de direito para o administrativo, a função distributiva do direito cresceu enormemente, tanto que é impossível não se aperceber dela. E cresceu precisamente na medida em que faltou a não-ingerência do

Estado na esfera das relações econômicas, e a distribuição dos recursos (e não somente dos recursos econômicos) foi, em grande parte, subtraída ao antagonismo dos interesses privados, tendo sido assumida pelos órgãos do poder público. Essa transformação das tarefas do Estado explica, além de tudo isso, um outro fenômeno para o qual se chamou a atenção nessas últimas décadas: o aumento, como foi mencionado, do "consumo jurídico",[24] que produz e ao mesmo tempo reflete o fenômeno igualmente vistoso da inflação legislativa.

6. *Sub d:* também em relação à sua dimensão mais restrita de regra de comportamento munida de sanção – da qual a proposição da norma jurídica que se tornou célebre com Kelsen, "se é A, deve ser B", dimensão esta que é particularmente adequada para cobrir a área do direito na sua função protetivo-repressiva – ocorreram tamanhas mudanças nas tarefas do Estado, na passagem do Estado liberal para o social, que o exercício mesmo da função primária de regular os comportamentos assumiu formas diversas da tradicional, a qual repousava exclusivamente na intimidação por meio da sanção negativa. Já tive muitas oportunidades de me deter neste ponto,[25] mas insisto nele porque me parece que não pode ser negligenciado nessa visão de conjunto: a concepção tradicional do direito, partindo da consideração da ordem como fim dele, sempre viu na ameaça de sanções negativas, como penas, multas, reparações, ressarcimentos de danos etc., o instrumento com o qual o direito persegue o seu próprio fim. Jhering entendera perfeitamente que as "alavancas" (como ele as denominava) da ordem social eram duas: as recompensas e as penas –, mas atribuíra as primeiras ao mundo da economia e as segundas

[24] Sobre esse tema, ver F. Werner, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht* (Festschrift für gerhard leibhols zum 65. Geburtstag), Mohr, Tübingen, 1966, vol. II, p.153-66.

[25] *Sulla funzione promozionale del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXIII, 1969, p.1.312-29; *Sulle sanzioni positive, in Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Giuffré, Milão, 1971, vol. I, p.229-49, ambos neste mesmo volume. Cfr. D. Pasini, *Potere, stato e funzioni del diritto*, in "L'eloquenza", LXIII, 1973, p.517-30.

tão-somente ao direito (contudo, Jhering tinha uma concepção substancialmente privatista da economia).

Em uma concepção sociológica global da história, como é a traçada por Durkheim na *Divisione del lavoro sociale*, a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica caracterizava-se pela transformação das sanções repressivas em restitutivas, mas ambas se inseriam no tipo das sanções negativas. Kelsen distingue três tipos de ordenamentos normativos: aqueles que contam com a observância espontânea das normas, e, portanto, não necessitam de sanções; aqueles que se fiam nas sanções positivas; e aqueles que recorrem a sanções negativas. Segundo Kelsen, o direito pertence, sem sombra de dúvida, à terceira categoria. Talvez evocando Jhering, afirma que "a técnica da recompensa desenvolve um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos".[26] A teoria tradicional sai minimamente arranhada até nos tratados mais recentes, como o de Lukić, já citado, e o de Eduardo Garcia Maynez.[27] Assim, porém, quem observar as tarefas do Estado contemporâneo e as comparar com as tarefas dos Estados de outras épocas, sobretudo a de controlar e dirigir o desenvolvimento econômico, não pode deixar de perceber que o Estado, por meio do direito, desenvolve também uma função de estímulo, de provimento, de provocação da conduta dos indivíduos e dos grupos, que é a antítese exata da função apenas protetora ou apenas repressora. A velha afirmação, ainda recentemente repetida, de que o direito pune a inobservância das próprias normas e não premia a observância, não espelha a realidade de fato.[28] Quando o Estado pretende encorajar certas atividades econômicas (e não apenas econô-

[26] H. Kelsen, *General theory of law and state*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, p.18 (trad. it., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milão, 1952, p.18) [*Teoria geral do direito e do Estado*, 5. ed., trad. port. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005].

[27] E. Garcia Maynez, *Filosofia del derecho*, Editorial Porrua, México, 1974, p.73 em diante.

[28] Dessa forma, está em G. Spittler, *Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen*, in "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie", vol. 1, 1970, p.205-25. Sobre o tema "prêmios e recompensas" em geral e considerações de caráter sociológico, ver J. Galtung, *On the meaning of non-violence*, in "Journal of peace research", 1965, 3, p.228-57, e do mesmo autor, *Violence, peace and peace research*, in "Journal of peace research", 1969, 3, p.167-91.

micas), vale-se, cada vez com maior freqüência, do procedimento do incentivo ou do prêmio, isto é, do procedimento da sanção positiva. Ora, esse procedimento consiste, precisamente, em uma vantagem oferecida a quem observe a norma, ao passo que para a inobservância da mesma norma não há qualquer conseqüência jurídica, como ocorre com a observância das normas reforçadas por uma sanção negativa. Em suma, a diferença entre a técnica do incentivo e a técnica tradicional da sanção negativa está precisamente no fato de que o comportamento que tem conseqüências jurídicas não é a inobservância, mas a observância. Trata-se de um fenômeno macroscópico, que não pode passar despercebido: ele caracteriza a produção jurídica nos Estados contemporâneos, tanto nos capitalistas quanto, com ainda maior razão, nos socialistas, e naqueles recém-formados, incidindo profundamente no modo tradicional de considerar a função do direito. A respeito disso, falei, alhures, de função promocional do direito, contrapondo-a às várias técnicas bem mais conhecidas pelas quais o direito, em vez de promover comportamentos considerados desejáveis, remove comportamentos considerados indesejáveis. Também esse fenômeno, como todos aqueles examinados até aqui, pode ser revelado somente pelo deslocamento do estudo do direito da estrutura à função, o que requer, para tanto, uma análise da palavra funcional em seu sentido pleno.

II

7. Apontei alguns motivos que requerem e justificam uma análise funcional do direito. Esta é chamada a estender o seu olhar a problemas que eram completamente desconhecidos para as teorias gerais do direito orientadas pela análise estrutural do ordenamento jurídico, os quais estão, ao contrário, completamente à vontade no campo de investigação da sociologia do direito.[29] E isto, ao menos

[29] Retomo o tema esboçado na minha intervenção sobre as tarefas da sociologia do direito, *Teoria sociologica e teoria generale del diritto*, in "Sociologia del diritto", I, 1974, p.9-15.

por duas razões: primeiro, porque são problemas ligados à consideração do direito como subsistema do sistema social considerado na sua globalidade, e, assim, para serem enfrentados, requerem o estudo das relações entre o direito e a sociedade, as quais, e apenas elas, aliás, permitem perceber as repercussões que as transformações da sociedade têm sobre a transformação do direito; segundo, porque problemas como aqueles que mencionei, da mudança de função do direito, da função negativa, da disfunção ou de enfraquecimento, etc., exigem as técnicas de pesquisa empírica que são próprias das ciências sociais – que se diferenciam enquanto tais das técnicas de que se valem os juristas para desenvolver o seu papel de intérpretes e críticos de um determinado direito positivo – a fim de serem tratados exaustivamente, avançando além das generalizações teóricas.

Digo logo que o interesse pelo problema da função ou das funções do direito, do modo como se desenvolveu nesses últimos anos, não deve nos impedir de ver que os resultados até agora alcançados por esse tipo de análise estão bem longe de ser satisfatórios. A qualquer pessoa que passe os olhos sobre o elenco das funções atribuídas ao direito na maioria desses escritos[30] é impossível não sair

[30] Indico alguns deles: R. S. Summers, *The technique element in law*, in "California Law Review", LIX, 1971, p.733-51, o qual enumera as seguintes funções (lista que ele mesmo não considera exaustiva): 1) fortalecimento da família; 2) promoção da saúde; 3) manutenção da paz social; 4) reparação das injustiças; 5) facilitação das trocas; 6) reconhecimento e ordenação da propriedade privada; 7) garantia das principais liberdades; 8) proteção da "privacy"; 9) controle das atividades jurídicas privadas e públicas. M. Rehbinder, no artigo já citado (*Le funzioni sociali del diritto*), retoma o elenco das funções dado por K. L. Llewellyn, *The normative, the legal and the law-jobs: the problem of the juristic method*, in "Yale law journal", XLIX, p.1.355-440, que é o seguinte: 1) composição dos conflitos; 2) regulação dos comportamentos; 3) organização e legitimação do poder na sociedade; 4) estruturação das condições de vida na sociedade; 5) administração da justiça. Na comunicação apresentada no congresso de Madri (1973), L. Recaséns Siches distingue três funções: 1) certeza e segurança e, contemporaneamente, também possibilidade de mudança; 2) solução dos conflitos de interesse; 3) organização, legitimação e limitação do poder político (*Las funciones del derecho*, da cópia datilografada distribuída no congresso, p.1). No artigo já citado de V. Aubert (*The social function of law*), encontram-se as seguintes funções: 1) fortalecimento da autoridade das regras de conduta promulgadas com o fim de conseguir a sua observância; 2) solução dos conflitos; 3) distribuição de recursos. W. Maihoffer, no artigo citado (*Die gelellschaftliche Funktion des Rechts*), diferencia as funções sociais das funções antropológicas, e em seguida sub-diferencia as primeiras em funções reguladoras e integradoras e, as segundas, em funções racionalizadoras e antecipatórias. No livro *Sociologia del diritto*, trad. it., Il Mulino, Bolonha, 1970 (a edição original norte-americana pela Randon House de New York é de 1968), E. M. Schur apresenta uma tabela comparativa entre as funções do direito segundo Hart (*Il concetto del diritto*, Einaudi, Turim, 1965, cap. V), segundo E.

com a impressão de que tais elencos são, por um lado, uma reunião de coisas bastante óbvias, que pouco ou nada acrescentam ao nosso conhecimento do fenômeno jurídico, e que, por outro lado, são compostos por elementos heterogêneos, do que surge imediatamente a suspeita de que, na expressão "função do direito", tanto o termo "função" quanto o termo "direito" são empregados, sem que isso seja explicitado, com significados diferentes. Nessa segunda parte do escrito, vou me deter em algumas dessas dificuldades de ordem teórica, porque uma pesquisa empírica, em cuja direção avança a sociologia jurídica, só tem a ganhar com um esclarecimento dos seus pressupostos conceituais e com a eliminação das mais grosseiras confusões terminológicas. Deixo de lado as dificuldades que advêm do emprego de um termo multi-uso como "função" (acerca do qual já foram gastos rios de tinta). Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, e no qual por "função" se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.

8. A primeira dificuldade sobre a qual pretendo me deter deriva do fato de que, quando nos interrogamos sobre a função do direito, a resposta, como já foi ressaltado, é diferente, de acordo com a resposta que se dá à pergunta: "Função em relação a quê?" Em qualquer teoria social estão sempre presentes dois pólos: *a)* a sociedade como totalidade, não importa se esta totalidade é considerada um organismo, em analogia mais ou menos estreita com o organismo biológico, ou, então, um sistema em equilíbrio (de resto, os dois modelos, o do

A. Hoebel (*The law of primitive man*, Harvard University Press, Cambridge, 1954, cap. XI) e segundo Parsons (*The law and social control*, in *Law and sociology. Exploratory essays*, organizado por W. M. Evan, Free Press, New York, 1962; localizá-la na p.101, com seus respectivos comentários).

organismo e o do sistema, não são, de modo algum, incompatíveis, e, com freqüência, um é utilizado para interpretar o outro); *b)* os indivíduos, que são partes componentes dessa totalidade, interagem entre si e com o todo. Quem se põe o problema da função do direito, faz referência a qual dos dois pólos? Põe-se o problema de qual é a função do direito em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte? Provavelmente, em relação a ambos, o que é perfeitamente lícito. O que não é lícito e cria confusão é que os dois problemas não sejam claramente diferenciados. Se eu digo, como diz o príncipe dos funcionalistas, que a principal função do direito é a integração social,[31] coloco-me do ponto de vista da sociedade e me ponho um problema determinado, que é o da função do direito em relação à sociedade no seu conjunto. Se eu digo, como dizem geralmente os antropólogos, que a função do direito é tornar possível a satisfação de algumas necessidades fundamentais do homem, como a nutrição, o sexo e outras necessidades de ordem cultural e assim por diante, nas sociedades mais evoluídas, coloco-me do ponto de vista do indivíduo e me ponho um outro problema determinado, que é o da função do direito em relação aos indivíduos singularmente considerados.

Já foi corretamente sublinhada a diferença entre a função do direito em relação ao sistema (as *systemfunktionale Bestimmungen des Rechts,* de Helmut Schelsky) e a função antropológica do direito.[32] Mas não é necessário incomodar sociólogos e antropólogos para colocar em destaque essa distinção. Quando Kelsen, que não era sociólogo nem antropólogo, afirma que o direito é uma técnica de organização social cuja função é tornar possível a paz social,

[31] Para uma interpretação e um desenvolvimento da teoria parsoniana do direito, ver H. C. Bredemeier, *Law as an integrative mechanism,* in W. M. Evan, op. cit., p.73-90. Sobre sociologia do direito de tendência estrutural-funcionalista, em particular sobre Parsons, ver A. Giasanti, *Sistema sociale e sistema giuridico nella prospettiva strutturale-funzionalistica,* in "Quaderni di sociologia", XXI, 1972, p.73-95. Ver também o já citado ensaio de H. Schelsky, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie,* p.51-7.

[32] A distinção entre funções sociais e funções antropológicas encontra-se tanto no ensaio de Maihofer quanto naquele de Schelsky, ambos já citados.

coloca-se do ponto de vista da sociedade como um todo. Quando Jhering – que, como Kelsen, era antes de tudo um jurista –, afirma, como já vimos, que a finalidade do direito é garantir as condições de existência da sociedade, entendendo por condições de existência "os pressupostos a que subjetivamente está ligada a vida", seja física, seja espiritual, dos indivíduos, e exemplifica falando da "honra", da "liberdade" ou da "vida",[33] coloca-se, evidentemente, do ponto de vista dos indivíduos considerados singularmente e dos seus interesses específicos (não importa, afinal, se a satisfação desses interesses redunda em benefício à sociedade como um todo). Entende-se que esses dois pontos de vista não sejam arbitrários: representam duas diferentes concepções globais da sociedade, a universalista, para a qual o que conta é a floresta, e não as árvores, e a individualista, para a qual contam as árvores, e não a floresta. E podem, ainda, representar dois modos diversos de observar os problemas sociais, aquele *ex parte principis* e aquele *ex parte populi*: a função social do direito é relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo; a função individual do direito é relevante para os governados, isto é, para quem vê nele um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc. de cada um dos membros da sociedade. Essas duas perspectivas não são inteiramente incompatíveis: antes, considero que uma análise funcional que pretenda ser completa deveria levar ambas em consideração. Entretanto, para isso é necessário, antes de tudo, ter plena consciência delas, coisa que, na copiosa literatura sobre o tema, parece-me que nem sempre tem ocorrido.

9. Um segundo motivo de confusão nasce do fato de que as funções enumeradas nem sempre podem ser colocadas no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito sobre a sociedade. A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se

[33] R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, cit., p.313 [*A finalidade do directo*, cit.].

meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. Aqui também está claro que a resposta à pergunta "quais são as funções do direito" muda conforme nos detenhamos nos fins intermediários ou desejemos observar o fim último – ou aquele fim que acreditamos ser o último – ou, então, somente os fins que, embora sendo intermediários, são, por sua vez, o resultado da conquista de fins que, em contraposição ao último, podemos chamar de "primeiros".

Quem, por exemplo, coloca no seu próprio elenco de funções do direito a segurança (ou a ordem social), a solução de conflitos de interesse ou a organização do poder político,[34] põe no mesmo plano funções que, na realidade, localizam-se em níveis distintos e que provavelmente poderiam ser, para maior clareza, encadeadas uma à outra. Mais especificamente, a função de segurança e a de solução de conflitos não estão uma ao lado da outra, mas estão, se posso me expressar desta forma, uma dentro da outra, já que, com certeza, uma das maneiras pelas quais o direito exerce a função de garantir a segurança social é também um modo eficaz de solucionar os conflitos – talvez o mais eficaz, em última instância. Não diversamente se apresenta o problema da relação entre essas duas funções e a terceira, relativa à organização do poder. Garantia da segurança social, solução dos conflitos e organização do poder, são três tarefas teleologicamente coligadas, tanto que a solução dos conflitos, que é um meio em relação ao fim da segurança, torna-se um resultado quando a relacionamos com a organização do poder e, portanto, passa a ser possível estabelecer uma concatenação deste tipo: a organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social. Para dar um outro exemplo, nada impede que se afirma que a (verdadeira) função do direito, isto é, a função que permite diferenciar

[34] Como faz Recaséns Siches, na comunicação citada na nota 30.

ontologicamente o direito, é realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança social.[35]

Todavia, essa definição não impede, aliás, implica, em um certo sentido, que também sejam funções do direito – ainda que intermediárias, e, para quem busca a "verdadeira" função, não específicas – todas aquelas outras operações que, com freqüência, são enumeradas como funções por sociólogos e antropólogos. Talvez se possa afirmar que, além do ponto de vista do sociólogo e do antropólogo, é preciso levar em consideração também o ponto de vista do filósofo. Prestemos atenção à função que foi denominada distributiva, isto é, a série de operações por meio das quais o direito persegue o objetivo de distribuir os recursos. Nada impede que, diante da apresentação dessa função, façamos uma outra pergunta: "Qual é a função da repartição dos recursos?" É provável que a resposta tenha o seguinte teor: "A realização da justiça social". Como se percebe, ver o direito em função da justiça não exclui, em absoluto, vê-lo em função das operações que podem ser consideradas os instrumentos mais idôneos para atingir o resultado final. Talvez o filósofo, em busca da função última, corra o risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser.

10. As dificuldades até agora ressaltadas derivam, principalmente, do emprego do termo "função". Contudo, não menos graves, e talvez ainda mais graves, são as dificuldades que nascem da ambigüidade ou, pelo menos, da maneira genérica pela qual o termo "direito" é empregado. Na expressão "função do direito", o que se entende especificamente por "direito"? Estamos realmente seguros de que todos aqueles que se movimentam em busca da função do direito atri-

[35] Essa é a tese de S. Cotta, *Ha il diritto una funzione propria?*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LI, 1974, p.398-412: "O *Sein* do direito indica-nos, portanto, com suficiente precisão qual é a função própria do direito: realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança existencial" (p.411).

buem ao termo "direito" o mesmo significado (ver *sub a*)? E, mesmo admitindo que exista um acordo tácito sobre o significado geral dado ao termo nessa expressão, ele não é demasiado amplo para ser empregado com proveito em uma análise das funções, que, como vimos, nada têm, elas próprias, de bem definido, podendo ser individuais e sociais, de primeiro, de segundo, de terceiro grau (ver *sub b*)?

a) A melhor prova do significado diverso com que o termo "direito" é empregado na análise funcional é dada pela presença constante, no discurso daqueles que se colocaram o problema das funções do direito, de dois pares de atributos que são perfeitamente legítimos, mas que, não tendo qualquer correspondência entre si, devem ser explicados pelo significado diverso do substantivo ao qual se referem. A análise funcional, de fato, foi se concentrando, sobretudo, em torno dessas duas ordens de questões: se o direito tem uma função repressiva ou também distributiva, promocional, etc.; se o direito tem uma função de conservação (ou de estabilização) ou também de inovação (falou-se inclusive de "função revolucionária" do direito), e dentro de quais limites. As duas questões são diferentes, mesmo que se possa ver um certo vínculo entre função repressiva e conservadora, de um lado, e função promocional e inovadora, de outro. Trata-se, contudo, de um vínculo muito lábil, porque é possível usar o instrumento do direito para reprimir a mudança, mas também para promover a conservação; ou para promover a mudança, mas também para reprimir a conservação. São diferentes porque a primeira diz respeito aos remédios empregados pelo direito para exercer a sua função primária (mas não exclusiva), que é condicionar o comportamento dos membros de um determinado grupo social; a segunda diz respeito aos resultados obtidos em relação à sociedade considerada em seu todo. Entretanto, parecem diferentes apenas a quem se der conta de que o direito do qual se fala a propósito do primeiro par não é o direito do qual se fala a propósito do segundo. No primeiro, o direito é considerado um certo tipo de instrumento para o condicionamento dos comportamentos; no segundo, é considera-

do com referência aos comportamentos que consegue condicionar pelos meios de que dispõe. Em outras palavras, o efeito repressivo ou promocional do direito depende do direito entendido como meio de condicionamento dos comportamentos; o efeito conservador ou inovador depende do direito entendido como regra ou conjunto de regras que têm por objeto um determinado comportamento, cuja realização ou não-realização influi em uma dada direção, que pode ser tanto a da conservação quanto a da inovação, sobre a configuração da sociedade em seu todo.

Quem se coloca o problema da função do direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem se coloca o problema em termos de função conservadora ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como a sua eficácia. Uma expressão como "função revolucionária do direito" não tem qualquer sentido se o termo "direito" for entendido como meio de coação (porque, com este meio, aqueles que detêm o poder podem revolucionar o estado de coisas existente tanto quanto podem deixá-lo tal como está). Adquire sentido apenas se se pretende falar das mudanças sociais que, conforme aquele meio, podem ser produzidas, e, portanto, dos conteúdos políticos, econômicos, sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Para julgar se o direito tem função repressiva ou promocional basta levar em consideração o remédio; para julgar se tem função de conservação ou de inovação, é necessário considerar as providências concretas que, por meio daqueles remédios, são impostas ou solicitadas. Isto permite concluir que o problema da função do direito abre caminho para duas respostas diferentes: conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam do uso de um certo meio de coação e de promoção social a que damos, por comum consenso, o nome de direito ou, então, conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados, etc. ou, de modo mais geral, dos institutos sociais

que, sendo regulados por normas jurídicas, denominamos, igualmente por comum consenso, o "direito" de um determinado grupo social.

b) O conceito do direito é tão vasto que uma análise funcional que não proceda às devidas distinções se torna de escassa utilidade. A primeira distinção que deveria ser levada em conta é aquela entre direito privado e direito público, a qual denominei, alhures, a "grande dicotomia".[36] Quando enfrentamos o problema das funções do direito, referimo-nos a qual dos dois direitos: ao direito privado ou ao público? Levar em consideração essa distinção é tanto mais necessário à medida que – enquanto parece ser um empreendimento desesperado determinar o caráter específico do direito como meio de controle social por meio de um elenco, que é sempre incompleto, das suas funções – a distinção entre direito privado e direito público é possível mediante o recurso à diferente função que um e outro desenvolvem no interior do vasto campo de um sistema jurídico, ou, pelo menos, à medida que a diferença funcional entre as duas formas de direito não é assim tão aberrante quanto a distinção funcional entre o direito como um todo e outras formas de controle social, tais como a moral social, os costumes, as convenções, etc. E digo mais: a importância fundamental que assume, em qualquer teoria do direito, a distinção entre direito privado e direito público reside, a meu ver, precisamente no fato de que a ela são referidas e com ela são explicadas as duas principais funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de permitir a coexistência de interesses individuais divergentes, por meio de regras que devem servir para tornar menos freqüentes e menos ásperos os conflitos, e outras regras que devem servir para solucioná-los depois que eles surgiram; e a função de direcionar interesses divergentes no sentido de um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas.

[36] Assim denominei a distinção entre direito privado e público no artigo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Pádua, 1974, p.2187-200. Este artigo está relacionado a um artigo anterior, intitulado *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Giappichelli, Turim, 1971, vol. IV, p.615-35 (publicado também na "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLVII, 1970, p.187-204). Ambos os artigos encontram-se neste mesmo volume [*A grande dicotomia* e *Do uso das grandes na teoria do direito*].

Além disso, há outras distinções entre vários tipos de normas, já incorporadas pelo uso da teoria geral, que devem seu nascimento, ainda que inconscientemente, à análise funcional, e, portanto, uma análise funcional não deveria ser negligenciada. Refiro-me à distinção entre normas de conduta e normas de organização, e àquela, formulada por Hart, entre normas primárias e normas secundárias.[37] O critério discriminante de ambas as diferenciações é predominantemente funcional. Com isso, quero dizer que os autores que dele se servem recorrem às funções a que estão respectivamente destinados os vários tipos de normas para caracterizá-los, e não a outros elementos, como a estrutura ou o conteúdo. Com efeito, segundo a doutrina corrente, a função das normas de conduta é tornar possível a convivência dos indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, fins individuais, ao passo que a função das normas de organização é tornar possível a cooperação de indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, segundo seu próprio papel específico, um fim comum.

É de conhecimento geral que Hart recorre a critérios funcionais para caracterizar os três tipos de normas secundárias, que ele acreditou individualizar e distinguir das normas primárias: as normas de reconhecimento têm a função de estabelecer um remédio para a incerteza de um sistema composto apenas de normas primárias; as normas de mudança têm a função de proteger um sistema normativo da imobilidade; as normas de juízo têm a função de prover a sua maior eficácia. Com essa conseqüência: um sistema jurídico, como o composto de normas primárias e normas secundárias, é, além de estruturalmente, também funcionalmente diferente de um sistema normativo não jurídico. É interessante notar que, diante do problema típico de qualquer análise funcional, da relação entre estrutura e fun-

[37] Retomo um tema já tratado em outras oportunidades, em especial in *Nouvellees réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in La régle de droit, Emile Bruylant, Bruxelles, 1971, p.104-22 (também em italiano, sob o título *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in "Rivista di filosofia", LIX, 1968, p.35-53, e depois sob o título *Norme primarie e norme secondarie*, no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970, p.175-97); e in *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Pádua, vol. I, p.1-14.

ção, Hart explica a estrutura partindo da função (no sentido de que o direito tem determinada função porque tem determinada estrutura), e não vice-versa, enquanto a teoria geral do direito, nas suas expressões mais comuns, a começar por Kelsen, fez o inverso, isto é, explicou a função (a manutenção da ordem) a partir da estrutura (o direito como ordenamento da força).

11. Coloquei em evidência algumas dificuldades enfrentadas pela análise funcional do direito, ou seja, quais são as armadilhas em que se arrisca cair qualquer pessoa que se aventure neste campo com demasiada confiança e sem proteger as costas, para tentar explicar o fato de que, não obstante a importância assumida pela análise funcional depois do aumento das contribuições das várias máquinas produtoras de normas jurídicas, e em proporção a esse aumento, uma teoria funcional do direito – aqui entendida como uma teoria geral que busca o elemento caracterizador do direito não na especificidade da estrutura, como ocorrera até agora por obra dos maiores juristas teóricos, mas, sim, na especificidade da função – ainda esteja por vir. As tentativas até agora feitas nesta direção parecem bastante desanimadoras, porque ou terminam por mostrar exatamente o contrário daquilo a que se propunham, isto é, que pela revelação da função não se chega a apreender o caráter específico do direito (como, a meu ver, sucedeu a Parsons e aos seus intérpretes), ou, então, quando vão em busca de uma função específica diferente daquela ou daquelas geralmente reconhecidas, caem em uma desorientadora simplificação, como, a meu ver, sucedeu ao mais refinado (e complicado) teórico da função do direito, Niklas Luhmann, que atribui ao direito a função de *congruente Generalisierung* de expectativas normativas.[38]

[38] É verdadeiramente meritório o ensaio de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto e funzionalismo strutturale nell'opera di N. Luhmann*, in "Sociologia del diritto", I, 1974, n.2, p.303-32, que procura explicar aos leigos o pensamento (inutilmente) complicado do teórico e sociólogo do direito que está no centro do debate sobre a sociologia do direito hoje na Alemanha, como mostra a rica bibliografia citada na p.305. Quando o presente livro já estava em preparação, o mesmo autor publicou uma monografia inteira sobre o sociólogo alemão: *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffré, Milão, 1975. A definição do direito dada no texto encontra-se in N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, cit., vol. I, p.105 [*Sociologia do direito*, cit.].

Como efeito da complexidade do fenômeno jurídico, está ocorrendo nas teorias funcionais aquilo que já ocorreu com as teorias estruturais, que, quando eram demasiado específicas, deixavam fora de suas fronteiras alguns pedaços do território (por exemplo, o direito internacional); quando queriam abraçar todos os campos tradicionalmente ocupados pelo direito, ou dos quais se ocuparam historicamente os juristas, acabavam sendo demasiado genéricas. Não gostaria, a esta altura, que alguém acreditasse ser possível sair do impasse unindo as características estruturais e as funcionais por meio de uma pretensiosa análise estrutural-funcional. Entre estrutura (do direito) e função (do direito) não há correspondência biunívoca, porque a mesma estrutura, por exemplo, o direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais diversas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas. (O que não quer dizer que a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa). Enfim, se quisermos deduzir uma consideração final, tal seria que a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis.